J. M. J.

DISCURSO

BREVE, Y JURIDICO

POR

EL DOCTOR PEDRO JUAN COMES Presbitero, Francisco, y Esperança Comes doncella; hermanos, y vezinos de esta Ciudad.

EN EL PLEYTO

CON DOÑA TERESA MESEGUER viuda, y Thomàs Comes Escrivano de Camara, y del Real Acuerdo.

SOBRE

LA SUCCESSION EN LOS BIENES, Y herencia de Francisco Comes de Pedro Juan Labrador, y vezino de la Villa de Liria.

HECHO.

1 
Rancisco Comes de Pedro Juan Labrador, y vezino de la Villa de Liria, estando bueno, y sano, y con toda libertad, como se requiere, para ordenar, y disponer su ultimo testamento, se baxò à esta Ciudad de Valencia; y en el dia 23. de Abril del año 1709. an-

te Francisco Comes Escrivano, despues Don Francisco Secretario de S.M. y del Real Acuerdo, otorgó el suyo, que por entonces quiso fuesse el ultimo, y lo dispuesto en èl, que se observasse, como conforme à su pura, cierta, determinada, è indubitada voluntad, la que explicò con el arreglamiento del funeral, y bien de su alma, para el qual se dexò 200. lib. con el legado que hizo de 1000.lib. à la dicha Esperança Comes su sobrina, para quando tomasse estado, con la expression, de que las cobrasse de las 2000. lib. que le devia la Villa de Liria, quando los herederos no se hallassen con ellas para pagarselas; con el de 500.lib. que legò à Dionisia Santes su sobrina, tambien para tomar estado, baxo ciertas expressiones; con el de 12.lib. 10.sueld. caìz y medio de trigo, y dos arrobas de azeyte, que legò anualmente à Juana Angela Comes dõcella, su hermana, mientras estuviesse en casa de dicho Escrivano receptor; y fuera de ella, que se le dieran 25.lib. y el mismo trigo, y azeyte; cõ el legado de dos pedazos de tierra, que hizo à Francisco, y Bautista Oliver hermanos, y sus sobrinos; con el de 30. lib. que mandò à Manuela Feltrer su sobrina; con el de 100.lib. à Maria Comes su hermana, y otras 100.lib. à Thomasa Comes, tambien su hermana; y por no tener hijos, ni descendientes con la institucion de heredero, que hizo en la persona de Miguel Comes su hermano, con la obligacion de repartirles entre vivos, ò en ultima voluntad en los dichos Pedro Juan, y Francisco Comes, en esta forma: Que al dicho Pedro Juan le huviesse de dar, como desde luego *el mismo* testador le asignava la casa en que habita*va*, *sita en la* calle mayor de Liria, con todas las alhajas, excepto el dinero, frutos, y bagages, que al tiempo de su muerte se hallàren en ella, y tambien las alhajas, cama, ropa, y demàs que avia legado de vida à su consorte Josepha Lansa, si quisiere habitar, y mantenerse en el quarto, que està al entrar de dicha casa à la mano drecha; y aver de dividir por mitad todo lo restante de la herencia, haziendo dos partes iguales, apreciadas, y valoradas, para que los dichos Pedro Juan, y Francisco las gozassen, ti-

ran-

rando por ſuerte cada uno la que le cupieſſe, pues para dexarles con paz quiſo ſe hizieran dos cedulas, y que ſorteaſſen, y que la parte que à cada uno cupieſſe, la gozaſſe, y diſpuſieſſe à ſu arbitrio entre vivos, ò ultima voluntad, entre ſus hijos legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos.

2 Previniendo, que ſi alguno murieſſe ſin hijos, ò deſcendientes legitimos, que ſu parte, y porcion, ſin detraccion alguna, paſſaſſe al ſobreviviente; y ſi fuere muerto, y huvieſſe dexado hijos legitimos, y naturales, que ſucedieſſen eſtos, como llevava explicado.

3 No ignorando dicho Franciſco Comes la voluntad, y diſpoſicion del referido Franciſco Comes de Pedro Juan, como Eſcrivano receptor que avia ſido de dicho teſtamento, cabilò en ſu idea no perder la ocaſion que le dava el eſtàr gravemente enfermos, y con pocas eſperanças de vida, tanto el dicho Franciſco Comes de Pedro Juan, como Miguel Comes hermanos, que vivian en una propia caſa; y de hecho (dexando de viſitar al dicho Miguel) ſe introduxo en la quadra donde yacìa poſtrado en cama dicho Franciſco de Pedro Juan, con la reſolucion inconſiderada de importunarle, inſtigarle, y perſuadirle eficaciſsimamente à que le inſtituyera, y nombràra por ſu heredero univerſal, lo que ſin el perjuizio evidente, que cō eſto procurava al dicho Miguel, y ſus hijos, no ſe puede ſalvar, pues no era menos, que de propoſito ponerſe à uſurpar la herencia que les dexava.

4 Y como era preciſo tomar principio para llegar al fin, le propuſo la eſpecie de que podia hazer teſtamento, ſin otra inſinuacion, porque como tenia ſabida la reſpueſta, que avia de darle el teſtador, de que yà le tenia hecho, como lo ſabìa muy bien Don Franciſco, pues le avia recibido, no le propuſo mas, para uſar de la falàz, y engañoſa, de que no podia ſervir dicho teſtamento, porque ſu hermano Miguel ſe hallava gravemente enfermo, y ſin eſperança de vida, con què ſe hazia preciſo aver de teſtar de nuevo.

5 En medio que el enfermo era Labrador, y Don Fran-

Francisco perito, y tenido en esse concepto, y que podia causarle algun reparo la dicha replica, mostrò no le hazia fuerça, porque le respondiò, que para el caso de morir su hermano Miguel, quedavan sus sobrinos Pedro Juan, y Francisco, que eran los que queria gozassen sus bienes, y herencia, como assi lo avia ordenado.

6 Bien pudiera esta sabia respuesta suspender las instancias de Don Francisco; pues harto explicava con ella su voluntad dicho Francisco de Pedro Juan; pero no fue assi, pues prosiguiò con la idea de persuadirle à que hiziera testamento, y que le dexàra heredero, pues de no hazerlo, se auria de decretar un curador à los hijos de Miguel su hermano, que naturalmente seria algun estraño, que lo podria consumir, y acabar, abultando, para mas captarle la voluntad, de que dexandoselo à èl, procuraria conservarlo, y mantenerlo para los hijos de dicho Miguel; añadiendo, que en el interin les tendria en su casa; mantendria, y acomodaria, y à lo ultimo de sus dias les daria todos sus bienes, y herencia.

7 Y con todo que esta propuesta podia inclinar al dicho Francisco de Pedro Juan, no le venciò, pues se resistiò, diziendo, que le nombraria tutor, y curador, y administrador de la hazienda; y como no era esto lo que queria Don Francisco, pues yà avia hablado claro, que queria su herencia confidencialmente, se inquietò tanto, que expressò el sentimiento de la poca confiança que se hazia de su persona, y que no queria ser curador, ni estàr tenido à dar cuentas, y que no se lo avia de llevar al otro mundo, ni dexarlo à otro, que à los dichos Pedro Juan, y Francisco, porque no se queria condenar por nadie, con otras razones de ponderacion, enfurecimiento, colera, è ira, que al mas robusto, y sano bastàran à enfadar, y desazonar, quanto, y mas al que passava su mal tan penoso, y grave, como diò à entender su muerte dentro de pocos dias.

8 Y por fin cansado, fatigado, y aborrecido, y por librarse de tan fastidiosa persuasion, dixo, que condescendia en hazer heredero à Don Francisco, baxo el seguro, y confiança, que ofrecia de que los bienes, y heren-

rencia integramente les entregaria à los hijos de Miguel, Pedro Juan, y Francifco, y en el interin fe les llevaria à fu cafa, y les mantendria, y acomodaria.

9 Victoriofo yà en efta parte, como fe lo avia prometido, faliò el mifmo Don Francifco à llamar, y hazer entrar à Juan Bautifta Parìs Efcrivano, que en fu compañia avia traido, y le avia hecho quedar en el recibidor de la cafa de dichos Francifco de Pedro Juan, y Miguel Comes, y puefto dentro, dize *Parìs*: Que otorgò ante èl el teftamento, diziendole de palabra, que inftituìa por heredero à Don Francifco Comes, fi bien omitiò, que la inftitucion era confidencial, por lo que el dicho Francifco de Pedro Juan avia explicado, y porque quifo complacer à Don Francifco, que fentia le faltaffen à la confiança, que al teftador, y à otros prometiò, y affegurò, de que toda la univerfal herencia, y patrimonio recaeria en los hijos de Miguel, Francifco, y Pedro Juan, conforme lo tenia difpuefto en el ante dicho teftamento de 23. de Abril 1709. y fobre aver continuado en la efcritura del fupuefto teftamento toda la difpoficion del funeral, la mayor parte de los legados acordados en el primer teftamento, hafta el de las tierras dexadas à Francifco, y Bautifta Oliver, con la expreffion de lindes, partida, y termino copiado, y traslado todo del primer teftamento, folo fe echa menos el legado que dexava de 1000.lib. à Efperança Comes, y la voluntad que manifeftò, que fueffen herederos univerfales Pedro Juan, y Francifco, à cuyo favor avia puefto la fubftitucion, y gravamen en la inftitucion hecha en fu hermano Miguel.

10 Con efte titulo entrò à poffeer, y disfrutar los bienes Don Francifco, y empezando à cumplir con la fee prometida, fe llevò à fu cafa à los referidos Pedro Juan, y Francifco, donde fe mantuvieron hafta fu fin, y muerte, menos à Efperança, que por averla puefto en el Hermitorio de las Beatas de Liria, la mantuvo alli, y defpues en fu cafa.

11 Efte es el hecho ajuftado à la verdad, que refulta comprobado con la contefte depoficion de dos tef-

tigos presenciales de lugar, tiempo, y circunstancias, como lo son Victoriana Ximenes, que se hallava junto à la cama donde estava el enfermo, y Francisco Oliver, que tambien estuvo presente, y ambos se citan; y con la de Juan Mestre, Diego Llavata, Francisco Rodilla, Juana Bautista Vidal, el Doctor Evaristo Fortuny, Presbitero, Joseph Bonet, el Doctor Joseph Moreno, Presbitero, Fray Vicente Roca, Presbitero, Melchor Morales, Victor de Salafranca, Francisco Alfonso, y Francisco Barco, Escrivanos, que de oìdas à los de las casas de los dichos Francisco de Pedro Juan, y Don Francisco, parientes de estos, y conocidos, y à Miguel de Aguirre, testigo instrumental, lo afirman, sobre ser cosa publica, y notoria, como por tal la asseguran.

12 Tambien queda comprobado por las confessiones extrajudiciales de dicho Don Francisco, como lo asseguran Victoriana Ximenes, Basilio Calbo, el Doctor Vicente Noguès, Juana Bautista Vidal, y Miguel Alòs, y lo fortalece la deposicion del Doctor Evaristo Fortuny, en quanto assegura aver visto la plica del testamento, que de mano, y letra de Beltràn Fauria, amigo intimo de D. Francisco, avia ordenado èste, y estava rubricado por èl mismo, en que declarava la restitucion de los bienes, y herencia de Francisco Comes de Pedro Juan, à favor de los dichos Francisco, y Doctor Pedro Juan Comes, hijos de Miguel.

13 Sin faltar la confession extrajudicial de la parte contendora Thomas Comes, segun lo que contestan, y afirman Antonio Vicente, y D. Juan Llaudis, Escrivanos, de averles dicho, que los bienes que posseìa Don Francisco, eran de sus sobrinos el Doctor Pedro Juan, y Francisco Comes.

14 Viendose defraudados estos en el testamento de dicho Don Francisco, en que dexò heredera à dicha Doña Teresa Meseguer, sin mas declaracion, que dexar à su arbitrio, el que dispusiesse de sus bienes, y herencia, en vida, ò en muerte, à favor de Thomas, ò de dichos Doctor Pedro Juan, Francisco, y Esperança Comes; y en la que demostrava explicar la dicha Doña Te-

Teresa,y explicò en la donacion à favor de dicho Thomas, les ha sido preciso solicitar en justicia,lo que se les ha intentado quitar, y comprehenden les toca.

15 Y para que se vea, que por las falsas sugestiones; por el dolo de proposito, que mediò de parte de Don Francisco, que daña à su heredero, se les deve la herencia, en fuerça del primer testamento, y pueden pedirla por la accion de dolo, ò in factum subsidiaria, con que se mantiene la permanencia del primer testamento; que en la realidad no quedò, ni pudo ser revocado por el que se dize segundo, y no es otra cosa,que una ficcion, una apariencia, y un nada,inspecta voluntate, sin la qual no puede aver testamento; y que quando lo dicho no tenga lugar, y pueda considerarse subsistente el segundo testamento, por la confidencia que publicamente asseguran los testigos, publican los hechos, y demuestra el primer testamento, se les deven mandar entregar los bienes, y herencia de dicho Francisco Comes de Pedro Juan, al tenor de lo dispuesto en el testamento de 23. de Abril del año 1709. se propone dividido este discurso,en dos partes.

16 Que serà la primera, probar, que à los dichos Doctor Pedro Juan, y Francisco Comes, se les deve la herencia de Francisco Comes de Pedro Juan,por lo dispuesto,en el primer testamento de 23. de Abril 1709. que no està, ni quedò revocado por el que se dize recibiò Parìs en 12.de Enero 1711.

17 La segunda, que quando pudiesse contemplarse valida la disposicion contenida en el segundo testamento, en fuerça de ella solo auria sido Don Francisco Comes heredero confidencial, y obligado à restituir toda la herencia à los mencionados Doctor Pedro Juan, y Francisco Comes, hijos de Miguel, heredero escrito,en el citado testamento de 23. de Abril.

18 Y se concluirà,con la satisfacion à los obices, en que parece pone su mayor confiança Doña Teresa Meseguer, y Thomas Comes.

PAR-

PRUEVASE QUE LA HERENCIA DE Francisco Comes de Pedro Juan, toca, y pertenece al Doctor Pedro Juan, Francisco, y Esperança Comes, por lo dispuesto en el testamento de 23. de Abril, que no quedò revocado.

19 DEl hecho que queda sentado, se dexa comprehender, que Francisco Comes de Pedro Juan, no tratò à Don Francisco como à heredero absoluto, si que la fuerça de las persuasiones de èste, le inclinaron, sin voluntad, à declararle fiduciario, heredero, ò fideicomissario; para escusarle de la nota de doloso, y de las demàs que el drecho impone à los que violentan à los enfermos, y les precisan à que hagan testamentos, y les dexen herederos, ò les prohiben el testar, para conseguir de esta, ù otra manera el heredarles, en perjuizio de tercero.

20 Pero como nada de esto ha bastado à dispertar la conciencia de la viuda, y heredera de Don Francisco, y del donatario Thomas Comes, aun despues de la cierta ciencia, que les comprehende, en el positivo dolo, y no presumpto; y es cierto que no por la falta de la prueva de la confidencia, ò fideicomisso, pretermitido en los escritos del llamado segundo testamento, deve denegarse el logro de la pretension de estas partes, y cumplimiento del valido, perfecto, permanente, y no revocado testamento de 23. de Abril 1709. que comunicò el goze de dicha herencia à dichos Francisco, y Doctor Pedro Juan, apartado del medio Miguel Comes su padre, que sobrevivio à su hermano Francisco de Pedro Juan, segun la expressa, y literal vocacion; ha parecido fundar à mayor abundamiento, como lo han justificado en los autos, que dicho testamento de 23. de Abril no quedò revocado por el que se dize recibido en 12. de Enero de año posterior, dexando para la segunda parte la prueva de la confidencia, que tambien les favorece para conseguir la herencia, que maquinosamente se les intentò usurpar.

21 Y

21 Y esta proposicion con brevedad se dexa demonstrada, y fundada, con solo advertir, que aunque la regla parece nos enseña, que devemos presumir por la valididad del acto, y por consiguiente del testamento, que se dize recibiò Juan Bautista Parìs (1), porque el drecho siempre interpreta las cosas, segun mas se ajustan à la natural equidad(2), y se inclina mas à mantenerlas, que à destruirlas (3), con todo, reconociendo que el acto del testamento no puede subsistir, quando aparece que el testador no tuvo animo de testar, porque entonces no cabe querer sostener el testamento, sino juzgar contra el testamento, por no poderse dar sin voluntad, como admirablemente lo dexò escrito Rubeo (4); no solo no se deve hazer la possible interpretacion por la valididad del testamento, si q̃ se deve juzgar por su nulidad (5), y por cõsiguiente por su invalididad.

22 Lo mismo se dize en todas las materias, y corrientemente los Autores lo parifican en el acto de la profession, pues aunque in dubio admiten la interpretacion, *ut professio religionis sustineatur* (6), esta conclusion la entienden quando se duda de la valididad de la profession *ex alio capite, quam ex defectu consensus*, porque entonces siempre se inclinan à la interpretacion contra la profession, y en favor de la libertad (7), respecto de averse de examinar el preambulo del acto, y ver si el que se dize lo executò, tuvo voluntad de hazerle (8).

23 De lo probado por estas partes consta, que Francisco de Pedro Juan, no solo no queria testar, porque yà tenia su testamento hecho, quando entrò Don Francisco, para que testasse; si que quando empezò à importunarle, dixo, que no queria hazer testamento, porque yà le tenia hecho, y nombrado heredero à su hermano; y para despues de los dias de èste à sus sobrinos, segun que lo contestan los testigos presenciales; y la publica voz, y fama de los demàs; y mediante esta prueva, yà no se puede dezir; que se deve juzgar por la valididad del testamento, que se dize recibiò París, si que precisamente se ha de dezir, que no ay testamento,

por-

(1) *L. Cum creditor, ff. de furtis, leg. Merito, ff. pro socio*, cum concordantibus.

(2) *L. In his, de condit. & demonstrat. leg. Si non de bonis quæ liberis, leg. Sed si alia, ff. de constituta pecunia.*

(3) *L. Si Prætor jusserit de juditiis, leg. 1. §. Hæc verba, ff. quod quisque in alium stat.*

(4) Rubeo *de valid. legal. cap. 46. per tot.*

(5) Idem Rubeo *ubi proxime n. 21. Vera tamen, & indubitata quantumvis sint supra relata, attamen sedulò ponderandum venit, tunc prædictas conclusiones intrare, quando apparet, quod quis voluerit testari, & sic constat testatorem voluisse condere testamentum, quo casu jura in dubio admittunt tot favorabiles conclusiones, ad hoc, ut voluntates defunctorum sustineantur, & ne pereant: At secùs est dum ex aliquo præambulo non apparet quod testator voluerit testari, & sic dubitatur, an voluerit testamentum condere. Unde controvertitur non de validitate ipsius, sed existentia, an scilicet in eo intervenerit deliberata voluntas, ac perfectus consensus testatoris.*

(6) Navarro *consil. 13. n. 10. de Regularibus*, Sanchez *de Matrimonio lib. 7. disp. 36. ex leg. Sunt personæ, ff. de Relig. & sumpt. funer.* Rota coram Carrillo *in Ulixbonen. Nullitatis professionis 17. Maii* 1641. & coram Seraphin. *decis. 1361. n. 7.*

(7) Rebufo *consil. 168. n. 32.* eadẽ Rota *Penes Arguelles 29. Januar. 1646. Recedendo à preci-*

porque consistiendo la essencia del testamento en la voluntad perfecta del testador; constando que no la tuvo, quando dize París, que testò, no se puede dezir que ay testamento; *imò absurdum, & irrationabile esset sustinere testamentum contra testatoris voluntatem*, como juzgò la Rota (9).

24 En tanto grado, que no encontrãdo, aunque se halle la escritura, que lo contenido en ella sea la voluntad del testador, y que de su orden la escriviò, no por esso haze fee, porque siendo lo que atesta cosa de hecho, que no se presume, que no se prueve (10), no por la assercion del Escrivano se ha de dar subsistencia al testamento, que no otorgò el dicho Francisco de Pedro Juan, si aliunde no se prueva, que aquella fue su voluntad (11), pues no se dà fee al Sacerdote, ò Religioso, quando le alcança alguna comodidad, ò de los suyos (12); y no es razon darla al Escrivano, aunque sea de buena fama, y medie la autoridad de su oficio, estando, como està probado, que el testador no queria testar (13), mas autoridad que à la de los testigos, que contradizen, y borran su assercion, y mas en materia de testamento, tan sugeto à fraudes, que se deven remover, para no dàr ansa à que se cometan falsedades en perjuizio de tercero, y contra la voluntad del testador.

25 Mayormente quando preguntado el mismo París, no dize, que escriviò la disposicion, que signada ha entregado, si solo, que el testador nombrò por heredero à D.Francisco, y que dispuso los demàs legados; pues deviendo dezir, q̃ recibiò la escritura del testamento, y explicar la essencia de ella, solo supone el nombramiento de heredero, por dissimular con el silencio, que nada mas se hizo ante èl, y que todo se lo dexò reglado su amigo Don Francisco, cuya fee siguiò, y no otra cosa.

26 Y assi, no pudiendo dezirse, que ay testamento posterior al de 23. de Abril, por motivo de constar, que Francisco de Pedro Juan no queria testar, ni tenia necessidad, teniendo, como tenia, su testamento perfecto, ordenado, quando entrò París à recibir el que defiende Doña Teresa, y Thomas, se haze lugar de inferir

citata coram Carrillo 17. *Maii* 1641.

(8) Socinus Junior *consil.* 179. *n.* 83. & 84. *lib.* 2. Cancer. *lib.* 1. *variar. cap.* 4. *n.* 138. *in fine.*

(9) Rota coram Remboldo *decis.* 652. *n.* 12. *part.* 4. *recent. tom.* 3. Socin. *consil.* 179. *n.* 83. & 84.

(10) *L. In bello, §. Facta, ff. de captivis, & postliminio reversis.*

(11) Rubeo *d. cap.* 46. *de valid. legali n.* 2. & 3.

(12) Ruino *consil.* 117. *n.* 13. *vol.* 3. Menoch. *consil.* 45. *n.* 26. *Nec ad rem facit, quod testimonium sit viri Religiosi, ac Theologiæ Sacræ Magistri, quod testimonium sanè cæteris præferri solet, nam hoc procedit, quando non agitur de commodo suo, vel suorum.*

(13) Rubeo *d. tract. de valid. cap.* 45. *n.* 41. & 42.

rir por conclusion legitima, el titulo de esta primera parte; y que en cumplimiento de la voluntad, explicada en el testamento de 23. de Abril 1709. se deve mandar entregar toda la herencia à los dichos Doctor Pedro Juan, Francisco, y Esperança, para que se cumpla la voluntad de Francisco de Pedro Juan.

27 Confuerçase lo dicho, de lo mismo que confiessa París, y contestan los demàs testigos presenciales, y no presenciales, de que el testador no llamò à París, y que quien lo llevò fue Don Francisco, y que lo hizo esperar, y despues lo hizo entrar; pues esta circunstancia, arrimada à la de no querer testar el referido Francisco de Pedro Juan, concluye la nulidad de dicho testamento, pues aparece hecho lo que èl no queria hazer (14).

28 Y lo califica, sin dexar arbitrio, el contexto del hecho, adornado de todas las circunstancias que puedan desearse, para que se diga nulo el supuesto testamento, recibido por París, como fueron las sugestiones, las importunaciones, no querer ser Curador, suponer falsas causas, para precisarle à testar, enojarse contra el enfermo, traer al Escrivano, hazerle esperar, y entrar, manifestar al testador otra cosa de lo que aparece escrito, pedir directamente la herencia, con la promessa de restituirla, sabiendo que estava dada en el testamento de 23. de Abril, hallarse gravemente enfermo el testador, y sin esperança de vida, con las demàs del genio, que mostrò, y diò à entender tenia Don Francisco, y averse mantenido siempre en la quadra donde estava el enfermo, que à la acertada conducta de los Señores que lo han de juzgar se les puede ofrecer, como inseparables del dolo, violencia, extorsion, y privacion de libertad, que inducen para la nulidad del dicho testamento, pues probandose todo esto por congeturas (15), todas las que pueden desearse, se hallan autorizadas; porque si buscamos las pruevas, y congeturas del dolo, encontramos sobradas, para dezir que el testador, por dolo de Don Francisco, fue inducido; y por consiguiente, que el testamento, que se di-

(14) Berlich. *conclus. jur. tom. 3. conclus. 6. n. 28. E contra vero testatorem non habuisse animum, & voluntatem testandi, inde præsumitur, & ob id testamentum non valet, si Notarius vocatus, & rogatus sit non à testatore, sed ab eo qui procurabat sibi aliquid relinqui.* Cyriac. *cōtrov. 549. n. 86. in medio: Et multo magis concurrentibus pluribus urgentissimis cōjecturis, quod Notarius non fuerit adhibitus ab infirmo, sed adductus ab hærede instituto.*

(15) Rota *part. 8. recent. decis. 293. n. 4.* D. Castill. *lib. 3. controvers. cap. 1. n. 82. ad 86.* Escaño *de testam. cap. 21. n. 17.* Farinac. *de falsit. quæst. 161. n. 19. & 20.* Cæsar Barz. *decis. 120. num. 15. ad 17.*

dize recibiò Paris fue nulo, ipso jure, por faltar el requisito essencial de la voluntad libre, cierta, segura, premeditada, espontanea, y no violenta, inducida, sugerida, &c.

29 Siendo la una la que queda insinuada de aver traido, ò llevado consigo Don Francisco al Escrivano Paris, antes de saber, que Francisco de Pedro Juan queria testar, pues de esto se arguye el dolo, apareciendo despues la institucion à favor de Don Francisco (16).

30 La otra, la de encontrarse, que teniendo el testamento hecho, è instituido heredero à su hermano Miguel, y despues de sus dias à sus sobrinos Dr. Pedro Juan, y Francisco, con el legado de 1000.lib. dexado à Esperança, sin hazer mencion de D.Francisco, ni averle buscado para otro, que para que fuesse Escrivano receptor de su testamento, se encuentra èl heredero instituido, y preteridos en todo el hermano, y sobrinos, à quienes tanto estimava; pues siempre que aparecen instituidos los que no deviā serlo, y omitidos los mas proximos, à quienes el testador mas amava, y devian sucederle ab intestato, se dize, que la institucion fue dolosa, *quia institutus dolo egisse præsumitur, ut hæres institueretur* (17); pues deviendose presumir en todo en favor de los mas proximos, no puede sostenerse sin la presumpcion de el dolo la institucion hecha à favor de estraño, ò de pariente mas remoto, que no tiene la menor assistencia de el drecho en la dilecciō del testador (18).

31 La otra, averse valido de falsas, è importunas propuestas, y tan repetidas, que no pueden passar sin el conocimiento de aver sido sugestion, y persuasion dolosa (19).

32 La otra es de las mesmas sugestiones que quedan fundadas, y probadas, quando el testador no queria testar, ni avia la necessidad supuesta, y falsa, que le persuadiò, con dolo de proposito à quitar la herencia à los hijos de Miguel, como se ha visto, pues todas concluyen, como la de no aver llamado al Escrivano, segun los Autores citados, à que pueden añadirse las doctrinas particulares de otros (20).

Con-

(16) Berlich. *conclus. practic. tom. 3. conclus. 7. num. 6. dolo, metu, &c. quandoquis ad testandum compulss. videat 4. Si affinis, vel quis alius, qui voluit hæres institui, Notarium præparavit antequam sciret, an is testator vellet testari.* Decian. *cons. 65. n. 11. lib. 2.* Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsumpt.* 12. *n.* 3. & Berlich. *d. conclus. n. 7. Quintò, si quidem testator ipse Notarium, & testes rogavit, ille autem, qui postea hæres instituitur Notarium occultum habuit, & ex occulto, vel abdito produxit, ex eleganti consil. 670.* Aym. Cravet. *n. 5. tom. 4. perspicua doli præsumpt.*

(17) Berlich. *d. tom. 3. conclus. 7. n.* 8. ex Gabr. *cons. 16. n. 43. lib.* 1. Menoch. *d. præsumpt. 12. n.* 10. *lib.* 4. D. Castill. *lib. 5. controvers. cap. 72. vers. quarto, fol. mihi* 155. *colum.* 2.

(18) Escaño *de testam. cap. 21. n.* 31. *Decima conjectura est, si instituti nō sint hæredes, quos testator instituere debebat, magna enim præsumptio est falsitatis, & n. 32. Naturalis enim ratio, & omnia jura clamant pro filiis, & consanguineis, & semper præsumendum est testatorem propinquos suos instituere velle.* Fargn. *de jur. patronat. part. 2. canon 1. & 2. cas. 7. n. 2. Dū quilibet sēper præsumitur habere majorē dilectionem erga hæredes cōsanguineos strictioris sanguinis vinculo, sibi conjunctos, quam erga remotiores; ita dictante naturali ratione affectione, quæ semper in proximiores descendit.*

(19) Berlich. *d. conclus. 7. n. 10. & 11.* Menoch. *lib. 4. præsumpt. 11. n. 9. & 10.* Farin. *de falsit. quæst. 161. n. 43. Ut per dolum di-*

33 Conque no pudiendose dezir revocado el testamento de 23. de Abril, que no se impugna, ni puede impugnarse, mostrando su valididad, y subsistencia el averle hecho estando bueno, y sano, por el que se dize segundo, recibido por Paris, nulo, insubsistente, y tan invalido, *tamquam cymbalum tinniens, dans sine mente sonum, quatenus destitutum voluntate testatoris, quæ est essentia omnis testamenti omni jure attento*, ut refert Rubeo (21), porque el testamento valido no se revoca por el posterior insubsistente, y nulo (22): se concluye que en fuerça de la permanencia de dicho testamento de 23. de Abril, se deve mandar entregar la herencia à los hijos de Miguel, cumpliendo con lo prevenido en la ley real 27. *tit.*1. *part.*6. que mandò privar de la herencia, y bienes al que embarga à otro en alguna manera à que teste, y que se entreguen al que sintiò el daño, y lesion, como lo explicò Gregorio Lopez (23), y es opinion recibida entre los Autores (24); pues en quanto à quedar probadas las congeturas, ò realidades del dolo, las importunaciones, sugestiones, falsas asserciones, y demàs que quedan referidas, sobre tenerlo el drecho por probado, con solo parangonar la una disposicion con la otra, resulta justificado por las deposiciones de tantos testigos, aunque bastan dos, y por la fama publica, que lo convence (25).

PARTE SEGUNDA.

PRUEVASE, QUE EN CASO DE AVER SIDO valido el segundo testamento, quedò obligado Don Francisco Comes, como heredero confidencial, à restituir la herencia de Francisco Comes de Pedro Juan à los hijos de Miguel Comes, q̄ lo son el Dr. Pedro Juan, Francisco, y Esperança Comes.

34 TOdos reconocen el privilegio que tiene la voluntad de los testadores, pues la confiessan por ley, y que conviene al drecho publico, se observe, y guarde como tal (26), dandole por esso la

D pre-

dicatur, quis inducere testatorem ad testandum, quando sic eum inducit per falsas suggestiones. Cæsar. Barsi. *decis.* 120. *n.*21. *Persuasiones, ac blanditiæ dolum arguunt, si contineant mendatium, vel falsas causas.* D. Castill. *lib.* 5. *controvers.cap.*72.*vers.septimo, fol.mihi* 156.

(20)

Escaño *d.cap.*21.*n.*20.& 24. *Conjectura suggestionis datur, si testator non vocavit Notarium.* Alex. Rauden. *decis.*45.*n.*4. & 46. *Quia fuit Notarius submissus per ipsos sororios;* & *n.*44. *Tenet pro constanti, non valere secundum testamentum, quando non apparet prius, testatorem velle testari.* Riccio *part.* 8. *collect.* 3405. *Vel persuasiones, seu blanditiæ essent nimium excessivæ, vel inmodicæ.* Rubeo *de valid.legal. cap.* 45.& 46. *per tot.* Berlich. *d. conclus.*7.*n.*12.& *seqq.*& 29. *usque ad finem.*

(21)

Rubeo *d.cap.*46.*n.*83. & 84.

(22)

Rota *part.*8.*recen. decis.*293. *n.*3. Cyriac. *tom.*1.*controver.* 168.& *tom.*3.*controver.*549. *n.*12.*cum seqq.* Ricci. *part.*2. *collect.* 333. Gratian. *tom.* 4. *discep.*659. *n.*1. *ad* 10. Alex. Raud. *decis.*45.*n.*33.

(23)

Gregorio Lopez *in d.l.lit.G. verbo* Pierda: *Si tamen prohibitio, vel coactio fuit in damnum alterius, quem testator instituere volebat, succurritur læso.*

(24)

Gratian. *tom.*4. *discep.*659.*n.* 4.*ad* 10. Carocci. *decis.*15.*n.* 27. Andreolo *tom.* 1. *controver.*14.*n.*2.& *controver.* 15. *n.*2. Phæbo *decis.*25.*n.*5. Farinac. *de falsit.quæst.*161.*n.*8. *ad* 18.& *n.*95.*ad* 98. Escaño *de testam. cap.* 21. *n.*112.& 113.

prerogativa de obtener en todo el primer lugar (27): en tanta manera, que el que impugna, y ſe aparta de la voluntad de los teſtadores, no ſe libra de la ſevera nota de inhumano (28), pues poſtquam aliud velle non poſſunt, deve confeſſarſe tiranìa, el que ſe les uſurpe el cumplimiento de lo que acordaron como ultima voluntad, al paſſo que ſe gana los atributos de piadoſo, el que ſe intereſſa por ſu conſervacion, y remueve à los que la intentan perturbar, ò pervertir (29).

35 Y toda la vez que llega à conſtar de la que tuvo, y mantuvo el dicho Frācıſco Comes de Pedro Juan haſta el ultimo inſtante de ſu vida, de que ſus bienes, y herencia les gozaſſen los dichos Dr. Pedro Juan, Franciſco, y Eſperança Comes hermanos, hijos de Miguel ſu hermano, ha de confeſſarſe, que ha ſido eſpecie de tiranìa, y mas que inhumanidad, la que usò Don Franciſco Comes, con la arreglada diſpoſicion, que pervirtiò, y perturbò el cumplimiento de la ley de la voluntad, que no ignorava, y ofreciò, y prometiò cumplir; y por conſiguiente, que ſupliendo la autoridad judicial el deſagravio, ſe deve mandar cumplir la ley que el teſtador puſo, y pudo poner en ſus bienes, para que vengan, y ſe reſtituyan à quien pertenecen, ſegun la ley de la voluntad de dicho Comes de Pedro Juan.

36 Porque es propoſicion ſin controverſia, que el heredero fiduciario, ò confidencial no es mas que un depoſitario, nudo adminiſtrador, eſtrictiſsimamente obligado à reſtituir toda la herencia al que quiſo el teſtador pervinieſſe venido el caſo, porque penſò el medio de la fiducia (30): y encontrando completiſsimamente probada eſta confiança, y que no de otra manera conſintiò el teſtador en la inſtitucion, que tan ancioſo ſolicitò Don Franciſco, y baxo la meſma promeſa de reſtituir la herencia integramente à los dichos hermanos Dr. Pedro Juan, Franciſco, y Eſperança Comes; ſe viene en conſequente neceſſario, que removiendo la tiranìa, que moſtrò Don Franciſco, en faltar à la fè prometida, ſe deve mandar hazer la reſtitucion à ſu heredero, ò donatario de eſte, Thomàs Comes, para deſagraviar

113. Alex. Rauden. *deciſ.* 45. *per tot.* Cyriac. *tom.* 3. *controver.* 549. *n.* 113. D. Caſtill. *tom.* 3. *controver. cap.* 1. *n.* 19. *ad* 60. Menoch. *de arbitrar. lib.* 2. *cent.* 4. *caſ.* 395. *ferè per tot.*

(25)

D. Caſtill. *lib.* 3. *controv. cap.* 1. *n.* 84. *verſ. tertio conſtituto: Præſumptio, aut conjectura illa, qua metus doli, fraudis, vel ſuggeſtionis præſumptio deducitur clara, & aperta probatione oſtendi debet, & probari, nec dubia, incerta, vel obſcura admittitur, & ſic duobus teſtibus ad minus debet confirmari ex Pariſcio d. conſ.* 67. *n.* 18. *lib.* 3. *dicente: Quod ad probandum dolum, aut impedimentum in hac materia duo teſtes ſufficiunt.* Farinac. *de falſit. quæſt.* 161. *n.* 71. & 72. ibi: *Ut ad probandum compulſionem, ſeu prohibitionem teſtandi teſtes non ſolum debent eſſe duo, ſecundum Anchar. conſil. &c. verum etiam conteſtes, & non ſingulares.* Idem Farinac. *de teſtib. quæſt.* 63. *cap.* 1. *n.* 35. ibi: *Principaliter hujus* 63. *quæſtionis regulam non procedere, quando cum unico teſte concurrerent præſumptiones aliquæ: Tunc enim videtur induci plena probatio.* Franchis *deciſ.* 180. & Ricci. *addition. ad hanc deciſ.* ibi: *Scias quod ad probandum tàm impedimentum teſtandi, quàm coactionem duo teſtes ſufficiunt.* Thomas Gramat. *deciſ.* 103. *n.* 60. ibi: *Quod ſi inſtrumentum dicatur ſponte factū, reprobabitur per duos tantum teſtes deponentes de metu;* & ibi: *Nam ſtatur potius duobus teſtibus deponentibus de metu, quàm mille de ſpontanea voluntate.* Seſsè *tom.* 1. *deciſ.* 60. *n.* 15. ibi: *Magis enim credendum eſt duobus teſtibus deponentibus de metu,*

quàm

viar à los hijos de Miguel, y cumplir la voluntad de Francisco de Pedro Juan.

37 Porque por las deposiciones contestes de lugar, tiempo, y circunstancias de Victoriana Ximenez, y Francisco Oliver, sobre la pregunta 5. foj. 70. y 91. B. claramente ha constado, y consta, que el testador no queria testar, ni instituir heredero à Don Francisco, porque yà tenia hecho testamento, y nombrado heredero à su hermano Miguel, y para despues de los dias de èste à sus hijos Francisco, y Pedro Juan; y que sobre las importunaciones que le causavan la sugestion, y falsa causa, de que era preciso hazer nuevo testamento, à lo mas que se extendia la voluntad del testador, aunque coacta, era à nombrarle tutor, y curador; y que por no querer estàr tenido à dar cuentas, y aver ofrecido, que lo guardaria, y conservaria todo para los hijos de dicho Miguel, à quienes lo entregaria: adiriò dicho Francisco de Pedro Juan (bien que por violencia, mas que por voluntad libre) à nombrarle heredero confidencial, porque lograssen sus sobrinos la utilidad de las asistencias que prometiò dicho Don Francisco darles en su casa, y acomodarles, y despues entregarles la herencia entera.

38 Y en estos terminos, tratando como tratamos de aclarecer la voluntad de dicho testador, y no de inducir disposicion nueva, no se necessita de mas prueva, que la que resulta de los referidos dos testigos: porque aunque se quiso contravertir, si bastarian dos testigos para prueva de la confidencia, *de qua in testamento non apparet*, y por lo que entendieron algunos, sobre si serià inducir nueva, ò contraria disposicion; no faltaron muchos, que creyeron se necessitaria del mismo numero de testigos, que se requieren para la disposicion verdadera (31): con todo, no tratando de inducir nueva disposicion, si de explicar, que la voluntad, è institucion hecha à Don Francisco, fue confidencial, por convenio, y pacto entre los dos, de que se restituiria integramente à los hijos de Miguel, que la piden; queda resuelto, y admitido, que bastã dos testigos para subsanar la omission, que tuvo el Escrivano de no prevenirlo en la escritura.

Assi

quàm mille deponentibus de spontanea voluntate. Cæsar Barzi *decis.120.n.38.* ibi: *Nõ obstat, quod dolus non probetur testibus singularibus, quia contrarium est verius, quoniam sunt plures numero, & adminiculati, & Judex ex eorum dictis incredulitatem inducitur.* Antun. Portug. *de donat. part.3.ca.31.n.46.* ibi: *Ubi etiam docet, quod testes singulares probãt metum.* Noguerol. *&c. & quod sufficit probatio facta per unum testem de visu, & alios de auditu.* Rota *par.8.recent.decis.* 293.*n.*5. ibi: *Et pro hoc sufficiunt testes singulares.* Menoch. *lib.3.præsumpt.*126.*n.*31. ibi: *Magis creditur duobus testibus de metu attestantibus, quàm mille de spontanea voluntate.* Noguerol. *allegat.29.n.16. usque* 18. Tristany *decis. tom.1. decis.4. n.* 11. & 15.

(26)
L.1. C. de Sacrosanct. Eccl. l. vel negare 5. quemadmod. testam. aper. Publicè enim expedit suprema hominum judicia exitũ habere. L.12. ff. de verb. signific. l.1. ad leg. falcidiam. Amaya *lib.3. obser. cap.6. n.1.* Castill. *lib.4. controvers. cap.* 8. *n.*1. & 2.

(27)
L. in conditionibus 19. de conditionib. & demonstrationib. Primum locum voluntas defuncti obtinet. Menoch. *cons.* 2. *n.* 208. Fargn. *de jur. patron. part.2. canon.1. & 2. casu 7. n.4.*

(28)
Lara *de anniver. lib.1. cap.14. n.5.* D. Castill. *lib.4. controver. cap.22. n.73.*

(29)
Carpio *de execut. lib.1. cap.3. n.24. & seqq. Quid enim christianæ, moraliq; charitati magis expedire videtur, quã testatoris volũtatem ad ultimũ finem perducere.*

(30)

39 Aſsi lo reſuelve Fuſario en terminos de ſubſtitucion (32), Bichio en terminos de convencion entre teſtador, y heredero (33), Burato en terminos de confiança (34), Pedro Surdo en terminos de promeſa por el heredero inſtituído (35), Garcia en ſu tratado de tacito fideicomiſſo (36); y comunmente en los terminos generales apropiados al nueſtro, otros muchos mas (37).

40 Y no es de eſtrañar, ſi ſe repàra, que en nueſtro caſo no ſe impugna la inſtitucion de Don Franciſco, porque poſterior à ella huvieſſe explicado el teſtador, averla hecho confidencial, ſi porque en el miſmo acto de convenir en nombrarle heredero, baxo la promeſa, que ofreciò de cuidar de la buena adminiſtracion de los bienes, educacion, y aſsiſtencia de ſus ſobrinos, y de reſtituirles enteramente la herencia, explicò, que eſta era ſu voluntad, pues como qualidad inſeparable de aquella inſtitucion, ganada con las inſtigaciones, no conſtituye nueva diſpoſicion, ſi que unicamente declara, y demueſtra *qualis fuit voluntas in diſpoſitione*, en cuyo caſo no ſe requiere la ſolemnidad, que ſe neceſsita en la principal diſpoſicion (38), porque el que declara *nihil de novo facit, ſed factum aperit, & ſignificat, ſive qualis ſit voluntas in ipſa diſpoſitione oſtendit* (39).

41 Y como todo quanto el teſtador dize, y el Eſcrivano omite, es certiſsimo en drecho, que ſe puede probar por teſtigos; y aſsi como eſtos afirman aplicarſe para el efecto de la voluntad, y ſu cumplimiento, *quia interdum minus ſcriptum, & plus numcupatum eſt* (40); porque de otra ſuerte ſería dexar en arbitrio de los Eſcrivanos el defraudar la voluntad de los teſtadores, ha de reconocerſe baſtantiſsimamente probada la del dicho Franciſco Comes de Pedro Juan, con la depoſicion de los dichos dos teſtigos, tratando, como tratamos, en materia tan favorable, como es declarar la voluntad inducida de aquellas ſugeſtiones, y explicada con dicha qualidad confidencial, por librarſe de la mayor moleſtia, en cuyo caſo, aun los teſtigos inhabiles, ò

(30) Carol. Anton. de Luca *de confiden. hære. cap.* 139. *Heres fiduciarius eſt veluti verus depoſitarius, & nudus miniſter, qui per neceſſe tenetur totam hæreditatem alteri reſtituere.* Peregrin. *de fideicom. art.* 3. *n.* 29. Burat. *tom.* 2. *deciſ.* 616. *n.* 21. Menoch. *conſil.* 1135. *n.* 16. & 17.

(31) D. Caſtill. *lib.* 4. *controv. cap.* 6. *ad* 19. explicando el *conſ.* 129. *lib.* 1. de Pedro Surdo.

(32) Fuſar. *de ſubſtitution. quæſt.* 283. *n.* 6. *Quod per duos teſtes probetur ſubſtitutionem factam fuiſſe à teſtatore, licet omiſſa fuerit.*

(33) Bich. *tom.* 1. *deciſ.* 317. *n.* 20. *Sive conventionem inter teſtatorem, & hæredem de reſtituendo hæreditatem filiis teſtatoris, quæ pariter non ultra duos teſtes requirit. Et deciſ.* 154. *n.* 11. *Quamvis duo ſatis eſſent ad probandum pactum de reſtituendo hæreditatem.*

(34) Burat. *tom.* 2. *deciſ.* 616. *n.* 7. *Et ideo nec probata dici poteſt accommodatio fidei facta per Didonem dicto Ludovico ejus viro, de reſtituenda hæreditate filiis, per viam contractus in condendo teſtamẽto celebrati, quia indiget duobus teſtibus.*

(35) Pedro Surd. *deciſ.* 149. *n.* 12. *Tamen fallit, quando hæres promiſsit teſtatori illud ſolvere: Tunc enim ea promiſſio duobus probatur teſtibus, & hæres ex ea poteſt conveniri.*

(36) Garcia *de tacito fideicõmiſ. n.* 25. *Ideò ſemper requiro naturalem probationem duorum, vel trium teſtium aſſe-*

ren-

ò no, mayores de excepcion (como ſon las mugeres) ſe deven admitir (41), y los ſingulares (42); y aun el dicho de un teſtigo (43) ſolo.

42 Quanto, y mas, teniendo, como tenemos, el crecido numero de doze teſtigos mas, que lo afirman de oìdas à los dos primeros, y à otros parientes, y conocidos de las caſas de los Comes, y aun al miſmo Don Franciſco, no ſolo entonces, y quando ſucediò, ſi tambien deſpues, y ſucceſsivamente à varias, y diſtinctas perſonas, ſin la menor variacion en la ſuſtancia, con la qualidad de ſer publico, y notorio, publica voz, y fama, y eſtar, y aver eſtado todos, en eſta cierta inteligencia, pues en eſte caſo, ſe ha de dezir, que probando, como hazen plena prueva eſtos teſtigos (44), no le falta circunſtancia alguna à la prueva de la inſtitucion confidencial; y que quando ſe neceſsitàra del numero de tres teſtigos, ſegun lo prevenido en la ley de Toro, & ibi Burgos de Paz, y los regulares de Caſtilla, quedaria con ſuperabundancia, ſuplida la falta de un teſtigo preſencial, que ſe podia arguir.

43 Y à la verdad, ſobre ponderar mucho la referida prueva, y la oída, que aſſegura Joſeph Bonet de Miguel de Aguirre, teſtigo inſtrumental, à quien el teſtador tenia de antemano muy comunicada ſu voluntad, como lo comprueva el hecho de la minuta, que dizen algunos teſtigos raſgò Don Franciſco Comes, *quia voluntas teſtatoris declaratur per unum teſtem, quando de eo confiſus eſt, vel ei voluntatem ſuam declaravit, vel declarandam commiſsit* (45); y ſer hecho caſero, donde no podia hallarſe copia de teſtigos, y aora menos, por ſer muertos los inſtrumentales, que haze ſe habiliten los unos à los otros, para dexar la prueva perfecta (46); no falta la mejor prueva, que reſulta de la confeſsion del miſmo Don Franciſco, que por sì prueva (47), eſtando, como eſtà, juſtificada por mas numero de dos teſtigos (48), que perſuade no neceſsitar de la confeſsion judicial, y que baſta la extrajudicial.

44 Mayormente eſtando adminiculada con la que dexava eſcrita en la plica, que rubricada de ſu mano,

rentium accõmodatam fuiſſe tacitam fidem.

(37) Idem Pedro Surd. *dict.lib.*1. *conſ.*129.*n.*29.*&* 30. Baldo Jaſſon. Alex. Oldrad. Soccinus, Curtius Junior. Roman. Decius, y otros muchos adducti à D.Caſtill. *dict. lib.*4. *cap.*19.*n.*28.*&* 29. *Quia de probanda teſtatoris voluntate non diſpoſitiva, ſed declaratoria, & inducta cum agitur, duo tantum teſtes ſufficiunt, nec ſolemnis numerus ſeptẽ teſtium neceſſarius eſt.*

(38) D.Caſtill. ubi proxime *num.* 30. con Decio, Gomez, Analia, Barbacia, Antonio Gabriel, y otros muchos.

(39) *L. Hæredes palam, §. Si quod poſt, ff. de teſtam. leg. Adeo cum quis, ff. de adquirendo rerum dominio, leg. Aſſe toto, ff. de hæredib. inſtituend.*

(40) *Leg. Quoties, §.*1.*de hæredib. inſtituendis, leg. Cum avus, de condit. & demonſtrat. leg. Cum proponebatur, ff. de legat.*2. *leg. Errore, Cod. de teſtam.*

(41) Oldrad. *conſ.*297.*n.*8. Mantic. *de conject. ultim. volunt. lib.*3. *tit.*1.*n.*13. Simon de Prætis *de interpret. ultim. volunt. lib.*1. *interp.* 1. *dubio* 3. *ſolut.* 5. *n.* 40. Maſcard. *de probat. tom.*1. *concluſ.*485.*n.* 3. Aquiles Pedrocho *conſil.* 2.*n.*108.*&* 109. Surd. *in d. conſil.*129.*n.*38. *lib.* 2.

(42) Aymon Craveta *in conſ.* 73. *n.*33. Alex. *conſ.*79.*n.*13. *&* 14.*lib.*4. Burgos de Paz *conſ.* 27.*n.* 24. Maſcard. *concluſ.* 466.*n.*8.*tom.*1.

(43) Simon de Prætis *d. ſolut.*5.*n.* 35. Corneo *conſ.* 56. *lib.* 2. *col.*3.

(44)

(44)
Rota *part.* 14. *decis.* 164. *n.* 17. Escobar *de nobilit. quæst.* 9. §. 4. *n.* 23. *& n.* 71. *ad* 78. D. Solorz. *de jur. Indiar. tom.* 2. *lib.* 1. *cap.* 26. *n.* 32. Menoc. *de arbitrar. lib.* 2. *casu* 475. *n.* 12. 13. *&* 14. D. Castill. *tom.* 6. *lib.* 5. *cap.* 122. *n.* 6.

(45)
Leg. Theopompus, ff. de dote prælegat. leg. Quam hæredi, ff. de condit. & demonstrat. Mantic. *de conject. ultim. vol. lib.* 3. *tit.* 1. *num* 13. *& seqq.* Mascard. *de probat. conclus.* 485. *n.* 4. *ad* 11. *tom.* 1.

(46)
Farinac. *de testib. lib.* 2. *quæst.* 62. *limit.* 13. *&* 14.

(47)
Tondut. *resolut. civil. cap.* 77. *n.* 31. *Confessio etiam sola hæredis probat fideicommissum, quando respicit actum proprium ipsius hæredis confitentis: ut cum fatetur testatorem suæ fidei commisisse, ut aliquid certæ personæ præstaret.*

(48)
Idem Tondut. ubi proximè: *Sed ista confessio probari debet saltim per duos testes,* ex Rota *decis.* 351. *n.* 20. *part.* 8. *recent.* Angelis *de confess. lib.* 1. *quæst.* 7. *effect.* 20. *n.* 18. *Quod hujusmodi sola hæredis confessio per duos testes saltim justificata fideicõmissum probet.* Mantic. *de conject. ultim. lib.* 12. *tit.* 16. *n.* 2.

(49)
Hæres fiduciarius est nudus minister, nec commodum bonorum sentire potest. Leg. Si quis Titio, 17. *de legat.* 2. *expressus textus, & Glossa in leg. final. §. Matri, vers. Cur ad matrem; ff. de adim. legat. leg. Lutius,* 28. §. 1. *ubi Glossa in verb. Non posse, ff. ad Trebelianum.*

(50)
Julio Caponio *discept.* 295. *tom.*

no, y escrita de la de Beltràn Fauria, assegura viò el Doctor Evaristo Fortuny, y que en el escrito declarava la confidencia Don Francisco, pues esto junto con averlo reconocido, y confessado assi tambien Thomas Comes, que aora lo impugna, como lo contestan Antonio Vicente, y Don Juan Llaudis, foj. 111. y 123. B. sobre la pregunta 10. convence la confidencia, que se funda en esta parte.

45 Y corren, y han corrido tan conformes los hermanos Comes en guardar aquella atencion que merecia el aver estado en la casa de su tio Don Francisco, que en medio que podian aver instado la reintegracion de los frutos percebidos, como obligacion propria del heredero fiduciario, que no podia reportar el menor comodo (49); porque la intencion, y voluntad del testador, no eligiò la persona de Don Francisco, para que se utilasse de los bienes, si para que les conservasse para sus sobrinos, segun la propriedad del heredero fiduciario (50), se han contentado con pedir los bienes con los frutos desde el dia de la muerte de Don Francisco, por lo que èl mismo expressò de no querer estar tenido à dar cuentas, que no se lo avia de llevar al otro mundo, y que todo enteramente lo restituiria à los hijos de Miguel, dandole una quasi qualidad de fideicomissario, y gravado à restituir, como lo estava, que es la diferencia que se nota entre el comissario, y fiduciario (51).

46 Y es fuerte cosa, que despues de aver ostentado su mayor grandeza Don Francisco, con el lucido patrimonio, que mas desfrutò en Thomas, que en estas partes, se quiera denegar la restitucion de los capitales, y propriedades, que tan justamente se deven al Doctor Pedro Juan, Francisco, y Esperança Comes, segun publìca la escritura del testamento de 23. de Abril, que se ha fundado en la primera parte, no quedar revocado por el de 12. de Enero 1711. pues valiendo arguir la voluntad de aquel, y mas siendo invalido, y nulo, el que se dize segundo de 12. de Enero, que no pudo revocar el primero (52); atendiendo à la verdad, que deve

ve prevalecer, y segun ella sentenciarse, conforme à la voluntad del testador, se tiene por muy arreglado, se mande terminar asi, como se pidiò por estas partes, para escusar la subsidiaria accion in factum, ò por mejor dezir, encubrir la nota del dolo, que obliga à la mesma restitucion.

47 Descanse la superior fatiga de este docto Senado, mientras refiero el caso, que aconteciò en el casamiento que hizo Ticio, hijo natural de Seyo, con una rica, y noble muger, nombrada Augeria, pues hallandose à la boda, y capitulacion de ella el mismo Seyo padre, Philippo su hijo legitimo, y Sempronio, hermano del dicho Seyo, y tratando estos al dicho Ticio, tambien por legitimo, pudieron conseguir, que Augeria, con buena fee, de que casava con el hijo legitimo de Seyo, contraxesse el matrimonio.

48 Muriò Ticio, dexando à Mevio en unico hijo, avido de Augeria: muriò Seyo, sin otro hijo legitimo, que Philippo, y exagitada la question, si por la mala fee de Seyo, *qui dolosa asseveratione Augeriam circumvenerat*, *Mevius aliquid ex bonis avi Seii consequi deberet*; sin embargo, que la asseveracion del padre natural *filium nothum, legitimum facere non poterat*; y que la succession no podia comunicarse à los illegitimos, ò naturales tantũ, aviendo hijo legitimo, con sentencia de 14. de Agosto del año 1582. el Senado Parisiense, removiendo à Mevio de la peticion de herencia, en quanto se hazia legitimo heredero de su abuelo, condenò à Philippo, como à heredero de Seyo, à pagar el daño, que causò à Mevio, aquella falàz asseveracion de Seyo, y darle la estimacion, y valor de la parte hereditaria, *quam in habitis Seii bonis haberet, si Titius ei legitimus fuisset* (53).

49 Y bolviendo al assumpto, hagase reflexion de la falàz adquisicion, que procurò Don Francisco, baxo la promesa de restituir la herencia entera à los hijos de Miguel, con que pretendiò engañar la voluntad de Frãcisco de Pedro Juan, que no de otra suerte se huviera dexado vencer de las persuasiones, è instigaciones; y vease, si faltando à la fee prometida, podrà à su here-

de-

tom. 4. n.5. Fit enim hæres fiduciarius, quando miser testator videns bona sua per filios non benè, & fideliter administrari eligit aliquem probatum virum sibi confidẽtem, ut bona sua illis conservet. L.Fideicommiss. §.Cum Pollidius, ff.de usuris. Peregrin. *de fideicom.art.3.n.19.*

(51) Idem Caponio ubi proximè *n.6. Qui differt ab hærede fideicommissario in pluribus, qui fiduciarius totam hæreditatem integram una cum fructibus alteri restituit, cujus contemplatione est institutus: Leg.Facta, §.Si heres, leg.2. ff.ad Trebelianum.*

(52) *Leg.Si jure,18. de legat.3. §. Posteriore instit. quibus modis testam. infirm.* Surd. *consil.202.n.27.tom.2.*Rom. *consil.306.n.1.* Roland.*consi. 33.n.4. & 5.volum.3.* Mart. *de success.legal.tom.2.quæst.4. artic.5.*

(53) Asi lo refiere Aneas Roberto *rerum judicatarũ lib. 2.cap.18.fol.521.in fine.*

dero valerle la torpeza de impugnar el cumplimiento de lo que prometiò su autor Don Francisco.

50 Claro està, que no es presumible, estando encargada à la estimacion del Juez recto, y prudente la conservacion de la ultima voluntad; pues de las circunstancias, que estàn recapituladas en la prueva, no se puede dezir, que Don Francisco por voluntad del testador tuvo los bienes con libertad, para disponer de ellos, si que solo con violencia, y sin libertad para testar, hizo como quien convenia en nombrarle heredero, con la obligacion de restituirlo todo à los hijos de Miguel; y deviendose estàr en todo, y por todo à la voluntad, *quæ totum facit, regit, & dominatur* (54), deven esperar el Dr. Pedro Juan, Francisco, y Esperança Comes la justa reintegracion del patrimonio, y herencia de Francisco de Pedro Juan, pues à la evidencia, que resulta de la prueva subministrada de aver sido constante la voluntad del dicho Francisco de Pedro Juan, de que sus bienes viniessen à parar por entero à sus sobrinos Francisco, Dr. Pedro Juan, y Esperança, y que por esso se resistia, y no queria hazer nuevo testamento, quando le importunava dicho Don Francisco con la falacia, de que seria preciso testar de nuevo, se agrega para el assumpto de la declaracion de la voluntad, la otra evidencia, por ser mas que congetura, que resulta del valido, perfecto, y en nada impugnado testamento de 23. de Abril 1709. que estando bueno, y sano otorgò en poder del mismo Don Francisco Comes; pues hallandose en èl, que en el año 1709. instituía por heredero à su hermano Miguel, gravandole à restituir la herencia, sin detraccion alguna à sus hijos Dr. Pedro Juan, y Francisco, con las 1000. lib. del legado dexado à Esperança, y arreglamiento del modo como avian de partirse sus sobrinos la herencia, para que cada qual dispusiera de su parte à su voluntad: y no aviendo sobrevenido causa en el corto tiempo, que passò hasta el dia 12. de Enero del año 1711. para discurrir disminuida aquella voluntad verdadera, que tenia à sus sobrinos, si al contrario acrecentada, por averseles traido à esta Ciudad, vivir en la mesma casa, y tratar-

(54) LL. & DD. à Castill. collectę, *lib. 4. cõtrover. cap. 8. in prin.*

tarles como ſi fueran ſus hijos, ſegun la eſtimacion grãde que les tenia, y eſtà probada plenamente; ſe ha de ajuſtar con toda propriedad la concluſion recibida, de que la miſma voluntad, que moſtrò en ſu primer teſtamento, durò, perſeverò, è influyò en el que ſe dize poſterior; y que en èſte, no de otra ſuerte puede ſalvarſe el nombramiento de heredero de Don Franciſco, que con la qualidad de fiduciario, ò confidencial, y para ſolo el fin de que aſsiſtieſſe, educaſſe, y acomodaſſe à ſus ſobrinos, y deſpues les reſtituyeſſe la herencia entera, yà que no podia hazerlo Miguel ſu hermano, como lo avia prevenido, por hallarſe en los ultimos tercios de ſu vida, ſegun el miſmo D. Franciſco le aviſava. Porque vale para deſcubrir, en el aſſumpto, la voluntad, el recurſo, no ſolo al teſtamento perfecto, y revocado, ſi al imperfecto, y nulo, à la cedula privada; y à qualquiera otra probable congetura (55), quando faltan teſtigos que nos la declaren, y à lo menos dos en numero, que por sì concluyen (56).

51 Conque eſtando probado en la primera parte, que el teſtamento de 23. de Abril 1709. no quedò revocado por el poſterior de 12. de Enero 1711. por aver ſido èſte doloſamente otorgado; ſin voluntad libre, ni propria, ſi por la agena de Don Franciſco, qual demoſtraron las ſugeſtiones, importunaciones, y demàs hechos comprobados; y conſtando, que en el poſterior no fue puro heredero Don Franciſco, ſi fiduciario, ò confidencialmente inſtituido, y aun ſin voluntad del teſtador, por la contraria, que moſtrò tener à todo lo que queria Don Franciſco: parece ſe ha de dezir, que quando no por el teſtamento de 23. de Abril, por la fiducia ſe deve entregar à èſtas partes la total herencia de Franciſco de Pedro Juan.

(55) Decio *conſ.* 115. *n.* 5. Corneo *conſ.* 275. *n.* 5. *lib.* 4. Fontan. *deciſ.* 89. *n.* 9. Menoch. *lib.* 4. *præſumpt.* 15. *n.* 5. *&* *præſum.* 167. *Quia mutatio voluntatis præſumi non debet, ac per conſequens qualitas, & conditio poſita in primo teſtamento cẽſetur repetita in ſecundo.* D. Caſtill. *lib.* 5. *cap.* 108. *n.* 23. ubi plures.

(56) Eſcaño *de teſtam. cap.* 22. *per tot.*

CONCLUSION,

EN QUE SE SATISFACEN LOS OBICES, EN que parece ponen ſu mayor confiança Thomàs Comes, y Doña Tereſa Meſeguer.

52 TOdo el fundamento, que parece há moſtrado Thomàs Comes, y Doña Tereſa Meſeguer para la confiança, ſe reduce à que tendriá à ſu favor la eſcritura del teſtamento, recibida por Paris, en que D. Franciſco ſe hallaria heredero de Franciſco Comes de Pedro Juan, ſin condicion, ni gravamen; y por conſiguiente, que eſtaria revocado el primer teſtamento, y eſtas partes ſin accion para pedir coſa alguna: y tambien à que los teſtigos de eſtas partes padecerian algunas tachas, y defectos, que les deſminuiràn la fee. Y ni una, ni otra razon puede valerles, à viſta de lo probado en los antecedentes medios, porque la regla *ſicut ſcriptum ita jus eſto*, tiene la limitacion quando lo contrario conſta (57); y aviendo probado, que el teſtador, ni tuvo animo de teſtar, y que ni tuvo voluntad de revocar el primer teſtamento, ni dexar heredero à Don Franciſco, ni de privar à ſu hermano Miguel, ni à los hijos de èſte de ſus bienes, y herencia; y que canſado, moleſtado, y fatigado de las ſugeſtiones, y falſas promeſas, de que conſervaria los bienes, para entregarles enteramente à eſtas partes, le nombrò heredero: no puede dezirſe, que ay teſtamento poſterior valido, y ſubſiſtente, que permitieſſe à Don Franciſco la libertad de teſtar, pues ſe ha probado invalido, y nulo por defecto de voluntad, y à lo mas inſtituido Don Franciſco fiducial, ò fideicomiſſariamente, que baſta para que de una, ò de otra manera ſe mande reſtituir la herencia à eſtas partes, pues por ſolo conſtar, que el teſtador queria, que valieſſe el primer teſtamento, es admirable la inteligencia de no entenderſe revocado en el valor, y eficazia de fideicomiſſo el primer teſtamento, para entender *per obliquum* gravado à reſtituir al inſtituido en el

(57) D.Caſtill. *lib.3. contr. cap.1. n.81.* & *82.* & *lib.4. cap.9.n. 68.* & *cap.22.n.116.* Cyriac. *tom.3.controv.549. num.18.* Portugal *de donat. part. 3. cap.31.n.46.*

el segundo testamento, todo aquello en que eran instituidos en el primero los hijos de Miguel (58), porque en dicho caso *fit reductio primi testamenti ad codicillum, & sustinetur tamquam codicillus*, aunque no faltaron muchos que defendieron, que esta confirmacion obrava lo mismo, que entenderse expressamente en el segundo testamento repetido todo lo escrito en el primero (59).

53 Y asi, apareciendo la verdad contraria à la figura del testamento, que se dize segundo, està visto no puede valer por las nulidades que padece, y està fundadas, y q̃ se deve mas estàr à la verdad, q̃ à lo escrito (60); pues la prueva que se haze por testigos, no solo tiene la misma fuerça, q̃ la que resulta de los instrumentos (61), si que es mayor, y mas atendida, y de mayor eficazia (62), por ser la de instrumento de drecho positivo, y la de testigos verdadera, natural, y de drecho divino (63).

54 Por manera, que el aver puesto el Escrivano, que quedava heredero Don Francisco *ad liberas hædes*, no aumenta, ni disminuye para el caso, pues de solo estàr instituido, no apareciendo gravado, yà se entendia la facultad de disponer, segun notò Canserio (64); y como en esto se portò omisso el Escrivano, pues dexò de explicar, que la institucion era confidencial, y hecha solo para que D. Francisco educasse à sus sobrinos, conservasse, y aumentasse los bienes, que le confiava el testador, para que despues lo restituyesse todo por entero à los hijos de Miguel: de aqui proviene, que por lo fundado en los numeros 40.41. y 42. de las citas marginales, no haze falta la expresion del graven en el testamento nulo, ni tampoco las palabras, quando tenemos la voluntad explicada por los testigos, y comprobada por las congeturas, que se dizen liquidisimas probaciones (65), y deve estarse à lo que de esta prueva resulta.

55 Ni sirve, que Don Francisco tuviesse en su casa à estas partes hasta que muriò, porque tambien se ha probado, que en esto nada hizo que no tuviesse obligacion, pues empezò à guardar la fee que prometiò, quedando ganancioso; y no presumiendose prodigo, y libe-

(58) *Text.in §. Sed et si quis instit. quibus modis testam. infirm.* Altograd.*cons.78.n.11.lib.1. cons.65. n. 24. & seqq. ad 52.lib.2.& cons.96. n.10. lib.2.*

(59) Altograd. *consil.79. per tot. li. 1.*

(60) *L.1.& 3.C. Plus valere, &c. non quod scriptum, sed quod gestum est inspicitur. L.115. & 117.tit.18.part.3.* Cevall. *com.contra com.quæst.43.per tot.*

(61) *L.in exercendis 15. C. de fide instrum.* Abbas *in cap. 5. de probat.n.5.* Paz *in prax.tom. 1.temp.8.n.8.*

(62) Mascard. *de probat. tom. 1. quæst.5.n.3.ad* 10. Censio *de cens.quæst.43.n.17.* Paz *d.loco,n.6.* & Panormit.ubi proxime.

(63) Idem Panormit. *in d.cap. & n.* Mascard.*d.quæst.5. n.3.ad 19.*Noguerol. *alleg.26.n.151.*

(64) Canc.*part.1. variar.cap.1.n. 218.Unde non vim facit, quod adjiciatur ad suas liberas voluntates, nam eo ipso, quod quis est simpliciter hæres institutus, censetur quod liberè possit de rebus in quibus est institutus disponere.*

(65) D.Castill.*li.4. controver.cap. 8.n.7.Quod legata, & fideicõmissa inducãtur etiam cessantibus verbis testatoris dispositivis per voluntatem tacitam ex conjecturis elicitam.*Bertasol.*tom.1.consul.8.n.17.* Menoch.*consil.1135.n.6.*

beral, nace la fuerte evidencia, de que lo executava mas por obligacion, que por gracia, qual lo confirma el averles tenido desde pequeñitos, siendo parientes remotos, à diferencia de los otros sobrinos, que hasta crecidos, y que vinieron à estudiar Filosofia, sobre ser hijos de su hermano, no pensò tenerles.

56 De calidad, que el querer acogerse à que Don Frácisco se presumiria bueno, no tiene aplicacion, porque como el hecho, que motiva este pleyto, fue malo, *& facta videntur, animus verò non videtur*, segun dixo Seneca, no porque fuesse bueno, se ha de mantener su hecho malo, mediando el perjuizio de tercero (66), y la verdad descubierta, à que deven ceder todas las presumpciones contrarias (67).

57 Antes de aver explicado en la plica de su testamento lo mismo que aora piden los hijos de Miguel, estando como estava entonces bueno, y sano, segun lo asegurò el Dr. Evaristo Fortuñy, que aunque testigo singular, prueva (68) asi como prueva la confession del mismo D. Francisco, que alli hazia (69), devemos dezir, que entonces que estava bueno Don Francisco, y confessava, y reconocia su obligacion, era bueno; pero que despues quando estava malo, y no lo hizo, era malo: pero como no es nuevo, no estàr para testar en semejantes ocasiones, porque harto hazia de passar su mal (70), se deve reconocer, que nada le sirve la presumpcion de bueno, quando èl mismo se delatò, è hizo malo con el hecho de faltar à la confiança prometida; pues si tan libre fuera la facultad de disponer, como se ha querido suponer, no era de creer, q̃ teniendo à Thomàs, y à otros por parientes mas propinquos, expressàra, que Doña Teresa dispusiera en estas partes parientes mas remotos; y aviendoles tenido presentes en concurso de los mas proximos, se cree alguna obligacion, que le movia contra la presumpcion que tienen los mas llegados en el parentesco (71).

58 Menos son de aprecio las tachas, que pensò inducir para debilitar la fee de los testigos de estas partes, porque la que puso à Victoriana Ximenes de ser muger cán-

(66) Alex. Raud. *decis.* 45. *n.* 6. *Nec resistit quod quilibet præsumitur bonus, nam hęc regula non procedit in prejudicium tertii; sed hic est prejudicium tertii, id est legitimi hæredis: ergo non sufficit reis dicere stat præsumptio, quod simus boni.*

(67) Cavalcan. *part.* 1. *decis.* 46. *n.* 196. *Et præsumptio procedit quando nullas patitur oppositiones, vel pati potest exceptiones, alias pro ea non præsumitur. Idem part.* 2. *decis.* 29. *n.* 11. *ad* 13. *Alias esset indecens, & quasi monstruosum, si præsumptio ofuscaret veritatem.* Gratian. *tom.* 5. *discept.* 909. *n.* 23.

(68) Farinac. *de test. quæst.* 63. *cap.* 1. *n.* 35. *Principaliter hujus* 63. *quæst. regrlam non procedere, quando cum unico teste concurrerent præsumptiones aliquæ: Tunc enim videtur induci plena probatio.*

(69) Larrea *alleg.* 48. *tom.* 1. *n.* 17. Escacci. *de judic. lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 215. Fontanel. *tom.* 1. *decis.* 255. *n.* 5.

(70) Cyriac. *controv.* 549. *n.* 70. & 94. Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 11. *n.* 9. & 10. Escaño *cap.* 21. *num.* 41.

(71) Escaño *de testam. c.* 21. *n.* 32.

càndida, y ſencilla, que no auria podido comprehender el hecho, ſobre que depone, yà eſtà reſpondido, y fundado, en la ſegunda parte, baxo el n. 41. marginal, à que puede añadirſe la doctrina de otros(72), pues la candidèz, mas presto califica de real, y verdadera la depoſicion, eſtando comprobada, con la de los otros teſtigos, que la remocion de ella, pues en los mas puros, y càndidos ſe encuentra la verdad, que en los ſagazes, y aſtutos ſe ſuele encubrir, ſegun el Evangelio, *revelaſti ea parvulis.*

59 Fuera de que eſta expreſsion fuè callada maliciosamente al tiempo de la tacha, para impedir la prueva contraria, que baſta para deſtruirla (73); pues ſi ſe huviera expreſſado, ſe le huviera ſatisfecho mas por extenſo; aunque baſta la bondad, que de ella ſe confieſſa, y mas procediendo la parte otra, con la ambiguedad perplexa, que obliga à deſtruir ſu aſſercion, pues al paſſo que canoniza de càndida, y ſencilla à la dicha Victoriana, para dezir, que no podria ſaber el hecho, le buſca el apodo, de que eſtarìa enferma en aquel tiempo, è impoſsibilitada de poder aſsiſtir, y eſtar preſente; conque no por la candidèz la quiere inhabilitar, ſi porque no podria aſsiſtir, eſtando enferma; y como no ha probado eſta qualidad en los terminos de reſtringida, y coartada, ſegun era meneſter, de nada ſirve lo que deponen ſus teſtigos (74), y mucho menos eſtando probado por eſtas partes, que eſtava buena, y ſin ſeñal de enfermedad, antes, al tiempo, y deſpues que ſucediò lo referido, y que yà era muerto el referido Franciſco de Pedro Juan; pues deviendoſe creer, y eſtar mas à los teſtigos de afirmativa, q̃ à los de negativa (75), diziendo ella, que eſtuvo preſente, y diziendolo Franciſco Oliver, que la cita, y los demàs teſtigos, queda deſtituída de todo aprecio toda la penſada tacha, y ſus adminiculos.

60 A Franciſco Oliver penſaron oponerle la tacha de pariente; y como lo es de una, y otra parte, la miſma preſumpcion ſe puede inferir en pro, que en contra (76), aunque como hecho caſero el ſucedido, no

(72) Mantica *de conject. ultim. volunt. lib.* 12. *tit.* 16. *n.* 2. Eſcaño *cap.* 22. *n.* 3. *&* 4. *&* 52. *ad* 54. Oldrad. *cōſil.* 293. *n.* 6. *&* 7. Maſcard. *de probat. concluſ.* 763. *n.* 17. *&* 18.

(73) Paz *in prax. tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 9. *n.* 11.

(74) Riccio *part.* 8. *collect.* 1057. Hermoſilla *in leg.* 9. *gloſ.* 5. *tit.* 1. *part.* 5. *n.* 9.

(75) Idem Hermoſilla *d. gloſſa, & leg. d. n.* 9. Riccio *in d. collect.* 1057. *& alii.*

(76) Farinac. *de teſtib. quæſt.* §. 4. *n.* 45. Franchis *deciſ.* 95. *n.* 2. Gomez *lib.* 3. *variar. cap.* 12. *n.* 14.

no le removiera el que fuera mas pariente de lo que es, quando se trata de averiguar la verdad, que *aliter haberi non potest* (77), y el interès, que se ha fingido le resultaria, es quimerico, porque el mismo se le descubre en el primero, que en el segundo, nulo, y posterior testamento, por el legado, que se le cumpliò, que le haze yà no interessado, y à su deposicion atendida (78); de tal forma, que el añadirle que buscaria testigos à favor de estas partes, sobre no averse alegado en tiempo habil, como era menester, para que no fuera la prueva subrepticia (79), solo se atreviò à dezirlo Basilio Calbo, pariente de la contraria, que sobre singular, el mismo parentesco le excluye (80).

61 Lo mismo sucede en orden à lo que se opuso à Juan Mestre, por ser pariente, y presumir el drecho con la misma igualdad el afecto (81); y porque tambien se callò esta expresion en el pedimento de las tachas, contra lo prevenido por drecho (82), sin ser del caso la supuesta contrariedad, con lo que depuso Oliver, pues no aviendo implicancia, en que Oliver estuviesse presente à todas las sugestiones, y contiendas, que procurò Don Francisco, para precisar al testador, à que le dexasse heredero, y que despues saliesse, assi como saliò Don Francisco à llamar al Escrivano Parìs, no la ay, para conciliar la deposicion, y salvar la falsedad, que se quiere imponer à un testigo, y reputarle concorde, como manda el drecho (83), pues del mesmo dezir Mestre; que de la pieza donde estava oyò, aunque no por lo claro, la contienda de Don Francisco con el testador (que assegura huvo que vencer, como lo dixo Parìs) y del no dezir entonces, que en la pieza donde estava estuviesse tambien Oliver, se colige, que hablando de quando saliò Don Francisco à llamar à Parìs, dize, que à la sazon estava Oliver, y los demàs en dicha pieza, en señal de que entonces salieron, y no porque antes no estuvieran en la quadra donde estava el testador, y donde sucediò el ruido, y contienda, à que se hallò presente Oliver.

62 A Miguel Alòs no le inhabilita la oìda del hecho,

(77) Farinac. *de testib. quæst.*62. *lib.*2.*tit.*6.*n.*50.& 62.

(78) Thusco *lit. T, conclus.* 199. & 200.

(79) Pas *in pract. tom.*1.*temp.*9. *num.*11.

(80) Gomez *lib.*3.*variar.cap.*12. *n.*15. Escobar *de Nobilitat. part.*1. *quæst.*17. §.1.*n.*1.& 2. Farinac. *de testib. quæst.* 54.*n.*1.& 2.

(81) Farinac. *de testib. quæst.* 54. *n.*45. Franchis *decis.*95.*n.*2. Gomez *lib.*3.*variar. cap.*12. *num.*14.

(82) Paz ubi supra.

(83) Cevallos *comm. contra com. quæst.*86.& 87. Vela *differt.* 38.*n.*77.

cho, contenido en la pregunta 9. en los años de 10. ù 12. aunque se huviera probado, que no entrò à servir à Don Francisco hasta el año de 13. porque para esta oìda no es circunstancia precisa el tiempo (84); y aviendo passado tantos años, quando con menos es facil olvidarse, se ajusta mejor la prueva del testigo (85); y mas quando èl yà duda del tiempo cierto.

63 A los demàs testigos no opone la parte contraria tacha alguna, conque les reconoce verdaderos, de buena opinion, y fama; y assi, no aviendo probado, ni aun semiplenamente, las tachas que deven probarse con suma claridad, por ser odiosas (86), se deverà dezir, que todos los testigos son buenos, los unos, por no tachados, y los otros por lo mesmo de no averse probado las tachas, y todos por convenir en un hecho mesmo, y circunstancias conducentes al fin de la declaracion de lo sucedido, que les haze à todos habiles, idoneos, y suficientes, pues se adminuculan los unos à los otros (87), porque siendo hecho casero, bastaria el no aver avido otros, y no averse probado, que se pudiesse dar copia de otros testigos (88).

64 Y es cosa fuerte, que queriendo dar à Don Francisco la presumpcion de bueno, que quiera dar à los testigos de estas partes la presumpcion de malos, porque testificaron la verdad, que el mismo Thomàs Comes confessò, pues arguyendose de esto la mas conocida ceguedad, que ocasiona el interès, se conocerà tambien, que los testigos, de que se ha valido, no tienen la menor recomendacion de legales, pues se hallan cogidos, como el que les presenta, en el mismo defecto del parentesco, que acusa à los otros; y si à estos, por parientes de estas partes, no les sufragàra el credito, mucho menos devia sufragar la fee à los testigos de Thomàs, pues lo son suyos, y no de estas partes, segun se verifica en Basilio Calbo (89).

65 Y deviendose estar mas à los testigos de afirmativa, que à los de negativa (90), no puede servirles à Doña Teresa, y Thomàs, la suposicion, de que la fama publica, la aurian esparcido estas partes, porque

esta

(84)
Farinac. *de testib. quæst.* 64. *n.* 96. *Quando tempus, & locus nõ sunt de substantia negotii, de cujus probatione agitur, tunc probant testes de tempore, & loco non deponentes, vel non recordantes.* Mantica *decis.* 6. *n.* 5. & 6. Merlino *decis.* 381. *n.* 4. & 5.

(85)
Mantica ubi supr. Farinac. *ubi proximè n.* 92. *ad* 100.

(86)
Azevedo *in leg.* 2. *tit.* 8. *lib.* 4. *Recopil.* Maranta *de ordin. judic. part.* 6. *actu* 13.

(87)
Mascard. *de probat. conclus.* 1365. *n.* 13. D. Leon *tom.* 2. *decis.* 205. *n.* 42. Regen Sessè *tom.* 1. *decis.* 60. *n.* 7. Cæsar Barz. *decis.* 120. *n.* 14. & *seqq.* Farinac. *de falsit. quæst.* 161. *n.* 75.

(88)
Mascard. *conclus.* 24. *n.* 44. & 1365. *per tot.* Rota *part.* 12. *recent. decis.* 101. *n.* 11. *ad* 18. Rota apud Gregorium XV. *decis.* 351. *n.* 6. *ad* 9. Farinac. *de testib. quæst.* 63. *cap.* 1. *n.* 38. Noguerol. *allegat.* 29. *n.* 17. Carol. Anton. de Luca *de confiden. hęre. cap.* 10. *n.* 4.

(89)
DD. adducti. *num.* 81.

(90)
Thomas Gramat. *decis.* 103. *n.* 60. Menoch. *lib.* 3. *præsupt.* 126. *n.* 31. Regens Sessè *decis.* 60. *n.* 15.

esta no està probada, y repugna à la possibilidad, siendo menores, como eran, è incapaces de entender lo sucedido por entonces, pues esto, acompañado con lo que depuso Ignacio de Orellana, de averlo oìdo dezir, quando estava practicando en la casa de Juan Boria, que haze alusion à aquel tiempo, en que sucediò la muerte de Francisco de Pedro Juan, y el ser este testigo producido por la parte contraria, que prueva plenamente (91), convence por necessidad, desmentida la suposicion, de que la voz serìa esparcida por estas partes.

(91) Carleval. *de judic. tom.* 2. *tit.* 2. *disp.* 3. *n.* 37. *Testem etiam unicum productum à litigante, qui deponat contra ipsum producentem plenè probat cõtra ipsum.* Cancer. *part.* 1. *variar. cap.* 20. *n.* 72. *Unum tamẽ est plenè credi uni testi contra ipsum producentem.* Postio *de manuten. tom.* 1. *obser.* 89. *n.* 13. D. Leon *tom.* 2. *decis.* 186. *n.* 1. Farinac. *de test. quæst.* 61. *n.* 237.

66 Y mas teniendo presente la razon con que lo depone Juan Mestre, por estàr inmediato à la quadra donde estava el enfermo al tiempo de la contienda entre dichos testador, y Don Francisco, y aver oido el rumor, y disputa; y assimismo viò como llamò Don Francisco à Paris, para que entrasse à recibir el segundo testamento; Diego Llavata, por estàr entonces trabajando de Sastre en la casa, y aver reconocido la inquietud, y novedad que avia, y aunque de pronto no lo supo, lo oyò dezir despues de muerto el testador à los de su casa, parientes, y conocidos; Francisco Rodilla, por averlo oido dezir, al tiempo que passò lo referido, à Francisco Oliver, que se hallò presente, y à otras personas de casa del testador; Juana Bautista Vidal, por averlo oido dezir à su padre Andres Vidal, que referia averlo oido dezir publicamente en la casa del testador, y despues en varias ocasiones al mesmo Don Francisco, por la amistad que tenia con ambos; el Dr. Joseph Moreno, por averlo oido dezir à los amigos, y parientes de la casa de los Comes, à causa de aver assistido à los entierros de dichos Miguel, y Francisco de Pedro Juan, y por la amistad que tenia con èste, lo preguntò, y supo lo que lleva dicho, pues hablando estos, y los demàs del mesmo dia, y tiempo en que sucediò, y por estàr en la mesma casa, no puede ajustarse el que lo sabrian, porque estas partes lo avrian esparcido, puesto que ninguno lo afirma de oida à estas partes, si à los mesmos de la casa, y por averse hallado en ella quando sucediò lo que aora

ra ſe ha probado.

67 Conque no ſiendo incompatible la nulidad del ſegundo teſtamento *ex defectu voluntatis*, por lo que eſtà probado, ni el pedir eſta herencia por el primer teſtamento, ò por la confidencia con que de canſado, ſin voluntad libre, y eſpontanea explicò la inſtitucion en el ſegundo, porque de una, ù otra manera, ſin repugnancia ſe deſcubre, que el fin, intencion, y voluntad de Franciſco de Pedro Juan fue, de que paſſaſſen ſus bienes por entero à ſus ſobrinos el Dr. Pedro Juan, Franciſco, y Eſperança, y aun à ſus hijos, ſi les tuvieſſen, ſegun eſtà reglado en el teſtamento de 23. de Abril: ſe concluye, que ſin merito de la contrariedad, en que ſe afiança la parte contendora, procede la reſtitucion de los bienes, y herencia, que piden los hermanos Comes.

Por todo lo qual eſperan, que V.Exc. les mande reintegrar de los bienes, y herencia de Franciſco Comes de Pedro Juan, ò yà por lo explicado en el teſtamento de 23. de Abril 1709. que en nada quedò revocado por el nulo poſterior; ò por la confidencia que llevò conſigo aquella inſtitucion à porfia, con ſugeſtion, y dolo lograda, ſegun lo ſiento. Salva doctiſsimi Senatus cenſura. Valencia, y Abril 14. de 1735.

Dr. Paſqual Mas de Pelayo.

INFORME JURIDICO

QUE PROPONE

EL DOCTOR EN SAGRADA

[illegible]

[illegible]

HECHO

[illegible]